



MotÜb	VA	TV	RR
EH	EINGEGANGEN		Eried
	23. APR. 2020		
zK	Rechtsanwälte		zCA
zStG	WV		MA

Arbeitsgericht Hamburg

Beschluss

In der Betriebsverfassungssache

Geschäftszeichen:
15 BV 25/19

betreffend

[REDACTED]

Verkündet am
12.03.2020

mit den Beteiligten

[REDACTED]
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

1.

[REDACTED]
ges.vertr.d.d. Komplementärin [REDACTED]
[REDACTED] diese vertr.d.d. GF
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] Hamburg

Prozessbev.:

[REDACTED]

2.

[REDACTED]
[REDACTED] vertr. durch die Betriebsrats-
vorsitzende
[REDACTED]
[REDACTED] Hamburg

Prozessbev.:
Rechtsanwälte
Dr. Kluge, Fischer-Lange
Schiffgraben 17
30159 Hannover



beschließt das Arbeitsgericht Hamburg,
auf die mündliche Anhörung vom
durch die Richterin am Arbeitsgericht
den ehrenamtlichen Richter
den ehrenamtlichen Richter

15. Kammer,
12. März 2020.
[REDACTED] als Vorsitzende,
Herr [REDACTED]
Herr [REDACTED]

Die Anträge der Beteiligten zu 1) werden zurückgewiesen.

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

Gründe

I

Die Beteiligten streiten über die Ersetzung zweier vom Betriebsrat verweigerter Zustimmungen zu arbeitgeberseitig beabsichtigten Versetzungen.

Die Arbeitgeberin (Beteiligte zu 1) betreibt mit in der Regel mehr als 20 volljährigen Arbeitnehmern an mehreren Standorten in Hamburg eine Spielbank. Der Beteiligte zu 2) ist der bei ihr für alle Standorte gebildete Betriebsrat.

Die Arbeitgeberin beabsichtigt, 2 Tisch-Chef-Positionen (Spielaufsicht) durch Beförderungen bisher als Sous-Chefs beschäftigter Mitarbeiter zu besetzen. Es bewarben sich 6 der 21 beschäftigten Sous-Chefs auf eine entsprechende Ausschreibung, darunter auch die nach einem schweren Herzinfarkt schwerbehinderte Frau [REDACTED] Sous-Chefin seit Juli 2011. Die Arbeitgeberin wählte aus den Bewerbern und Bewerberinnen Frau [REDACTED] (Sous-Chefin seit Februar 2011) und Herrn [REDACTED] (Sous-Chef seit Mai 2009) aus und bat den Betriebsrat mit Schreiben vom 04.10.2019 (Anlage Ast 2, Bl. 44 – 51 d. A.) unter Darlegung der Beurteilungen aller Bewerber/innen unter anderem um Zustimmung zu deren Versetzung.

Diese verweigerte der Betriebsrat mit Schreiben vom 09.10.2019 (Anlage Ast 1, Bl. 7 f. d. A.) unter Berufung auf § 99 Abs. 2 Nr. 1, 2 und 3 BetrVG. Er machte geltend, die Arbeitgeberin habe nicht geprüft, ob die zu besetzenden Arbeitsplätze auch mit einem schwerbehinderten Menschen besetzt werden könnten, und Frau [REDACTED] durch ihre Nichtberücksichtigung diskriminiert und ungerechtfertigt benachteiligt. Die Tätigkeit als Tisch-Chefin sei der Gesundheit der Frau [REDACTED] deutlich zuträglicher als der körperlich anstrengendere Einsatz als Sous-Chefin. Zudem sei zu vermuten, dass Frau [REDACTED] wegen ihres langjährigen Einsatzes am Standort [REDACTED] den Anforderungen im Haupthaus nicht gerecht werde, was mit Nachteilen für die dort Beschäftigten dort verbunden und für den Betriebsfrieden problematisch sei. Die Beförderung von Herrn [REDACTED] würde vom Betriebsrat akzeptiert, wenn die Nichtberücksichtigung, Diskriminierung und Benachteiligung der schwerbehinderten Mitarbeiterin positiv geheilt sei.

Die bei der Arbeitgeberin gebildete Schwerbehindertenvertretung wurde bezüglich der Bewerbung der Frau [REDACTED] und der arbeitgeberseitigen Auswahlentscheidung nicht gesondert beteiligt.

Die Arbeitgeberin/Beteiligte zu 1) trägt vor:

Die Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats sei bereits mangels ausreichender Bestimmtheit unbeachtlich. Denn sie beziehe sich auf beide Versetzungen, obgleich Frau [REDACTED] nur eine Stelle besetzen könne.

Zudem fehle es an beachtlichen Zustimmungsverweigerungsgründen. Auf § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG könne eine Zustimmungsverweigerung berechtigterweise nur gestützt werden, wenn die personelle Maßnahme (hier: die beabsichtigten Versetzungen) als solche dem Gesetz widerspreche. Die Diskriminierungsverbote der §§ 7,1 AGG oder des § 164 Abs. 2 Satz 1 SGB IX verböten jedoch nicht die Einstellung oder Versetzung des Bevorzugten; das folge auch aus § 15 Abs. 6 AGG. Die personelle Maßnahme müsse also nicht als solche unterbleiben.

Abgesehen davon liege auch kein Gesetzesverstoß vor. Die Arbeitnehmerin [REDACTED] sei nicht wegen ihrer Behinderung, sondern aus Gründen objektiver Eignung nicht ausgewählt worden. So habe sie selbst zunächst aufgrund empfundenen Stresses im Haupthaus um einen eingeschränkten Einsatz am Standort [REDACTED] gebeten und ausdrücklich eine Tisch-Chef-Position nicht angestrebt. Außerdem weise Frau [REDACTED] viele krankheitsbedingte Fehlzeiten auf. Dementsprechend sei derzeit ihre hinreichende Belastbarkeit für die angestrebte Position zu bezweifeln und durch Einsatz in einem wieder umfassenderen Einsatzgebiet zunächst zu prüfen.

Die Schwerbehindertenvertretung sei dadurch mit den Vorgängen befasst gewesen, dass sie regelmäßig an den Betriebsratssitzungen teilnehme.

Ebenso wenig bestehe ein Zustimmungsverweigerungsgrund gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG, weil Frau [REDACTED] durch die beabsichtigten Beförderungen von Frau [REDACTED] und Herrn [REDACTED] nicht im Hinblick auf eine geschützte Rechtsposition gefährdet oder einträchtig werde. Es sei nicht Sinn und Zweck des § 164 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX Schwerbehinderte gegenüber Mitbewerbern bei Beförderungen zu begünstigen. Derartiges käme allenfalls in Betracht, wenn die Versetzung bzw. Beförderung notwendig sei, den Beschäftigungsanspruch zu erfüllen. Dies sei aber weder der Fall noch vom Betriebsrat vorgetragen.

In diesem Zusammenhang sei insbesondere zu bestreiten, dass der Arbeitsplatz als Tisch-Chefin besser mit der Schwerbehinderung bzw. dem Gesundheitszustand der Frau [REDACTED] zu vereinbaren sei als der einer Sous-Chefin. Die Tätigkeit des Tisch-Chefs sei vielmehr mit höheren Anforderungen an Konzentrationsfähigkeit und psychische Belastbarkeit verbunden.

Die Tätigkeit eines Sous-Chefs erfordere zwar mehr Bewegung, körperlich belastend sei sie jedoch nicht.

Die Arbeitgeberin/Beteiligte zu 1) beantragt,

1. die Zustimmung des Beteiligten zu 2) zur Versetzung der Arbeitnehmerin [REDACTED] vom Sous-Chef zum Tisch-Chef zu ersetzen;
2. die Zustimmung des Beteiligten zu 2) zur Versetzung des Arbeitnehmers [REDACTED] vom Sous-Chef zum Tisch-Chef zu ersetzen.

Der Betriebsrat/Beteiligte zu 1) beantragt,

die Anträge zurückzuweisen.

Der Betriebsrat/Beteiligte zu 1) trägt vor:

Seine Zustimmungsverweigerung sei sowohl ausreichend bestimmt (weil ausdrücklich zu beiden Versetzungen erklärt) als auch begründet. Denn die Arbeitgeberin habe durch Nichtbeteiligung der Schwerbehindertenvertretung im Vorfeld ihrer Auswahlentscheidung gemäß § 178 Abs. 2 SGB IX gegen Gesetz verstoßen, was zur Zustimmungsverweigerung gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG berechtige (so auch LAG Rheinland-Pfalz, 05.10.2011, 8 TABV 9/11).

Außerdem indiziere die Nichtbeteiligung der Schwerbehindertenvertretung eine Benachteiligung der Frau [REDACTED] wegen ihrer Behinderung und damit einen Verstoß gegen § 164 Abs. 2 SGB IX und AGG.

Schließlich werde durch die beabsichtigten anderweitigen Beförderungen auch die Rechtsposition von Frau [REDACTED] aus § 164 Abs. 4 SGB IX gefährdet, weil sie ihre Fähigkeiten und Kenntnisse auf dem Arbeitsplatz als Tisch-Chefin besser verwerten und weiterentwickeln könne als auf ihrem derzeitigen Arbeitsplatz als Sous-Chefin. Denn die Tätigkeit eines Tischchefs bestehe hauptsächlich darin, den Spielablauf zu beobachten und zu kontrollieren, sei daher eine ruhige, beobachtende Tätigkeit. Der Tisch-Chef werde erst tätig, wenn der Dealer einen Fehler mache und er diesen korrigiere, oder wenn es zu Beschwerden oder Fehlverhalten der Gäste komme, wobei der Tisch-Chef häufig dann den Saal-Chef rufe (per Knopfdruck oder Telefon) und eine Klärung in die Wege leite. Sous-Chefs würden dagegen oft als Dealer

eingesetzt, die Annoncen annehmen und aussetzen müssten. Sie stünden „im Feuer“ des direkten Geschehens und verrichteten eine körperliche Arbeit, die beim American Roulette ausschließlich im Stehen verrichtet werde und mit vielen Rumpfbeugebewegungen verbunden sei.

Für den weiteren Sachvortrag der Beteiligten wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren, Bezug genommen.

II

Die Zulässigkeit der Anträge der Beteiligten zu 1) folgt aus § 99 Abs. 4 BetrVG.

Die zulässigen Anträge sind jedoch nicht begründet.

1. Als Unternehmen mit in der Regel mehr als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern darf die Beteiligte zu 1) Versetzungen dauerhaft nur mit Zustimmung des bei ihr gebildeten Betriebsrats vornehmen (§§ 99, 101 BetrVG). Diese hat der Betriebsrat vorliegend mit Schreiben vom 09.10.2019 innerhalb der Wochenfrist des § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG nach Anhörung durch die Beteiligte zu 1) mit Schreiben vom 04.10.2019 unter Angabe der seiner Ansicht nach maßgebenden Gründe im Sinne des § 99 Abs. 2 BetrVG gemäß § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG verweigert, sodass die Zustimmung nicht gemäß § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG als erteilt gilt. In diesem Fall ist die Zustimmung des Betriebsrats auf arbeitgeberseitigen Antrag gemäß § 99 Abs. 4 BetrVG zu ersetzen, wenn der/die geltend gemachte Zustimmungsverweigerungsgrund/-gründe nicht vorliegt/-en oder nicht von den in § 99 Abs. 2 BetrVG genannten Zustimmungsverweigerungsgründen erfasst wird/werden.
2. Dies ist vorliegend nicht der Fall.

So hat der Betriebsrat seine Zustimmungsverweigerungen unter anderem darauf gestützt, dass die Arbeitgeberin die bei ihr gebildete Schwerbehindertenvertretung an ihrer Auswahlentscheidung zur Besetzung der Tisch-Chef-Stellen trotz Bewerbung (auch) einer schwerbehinderten Mitarbeiterin nicht beteiligt hatte. Damit hat er zutreffend jeweils einen Verstoß gegen ein Gesetz gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG geltend gemacht, sodass seine zu Recht verweigerten Zustimmungen nicht gemäß § 99 Abs. 4 BetrVG zu ersetzen waren.

- a) Gemäß § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX hat der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung in allen Angelegenheiten, die einen einzelnen oder die schwerbehinderten Menschen als Gruppe berühren, unverzüglich und umfassend zu unterrichten und vor einer Entscheidung anzuhören. Unterrichtungs- und anhörungspflichtig sind insbesondere Einstellungen, Versetzungen, Umgruppierungen und Kündigungen von Schwerbehinderten, wobei die Anhörung **vor** der jeweiligen Entscheidung erfolgen muss. Hieraus folgt konsequenterweise eine Pflicht zur Beteiligung an einem Auswahlverfahren und einer Auswahlentscheidung insgesamt, wenn sich ein schwerbehinderter Mensch beworben hat (vgl. zusammenfassend Erfurter Kommentar, 19. Auflage, Rolfs, § 178 SGB IX, Rn. 5 f.).

Dementsprechend hätte vorliegend aufgrund der Bewerbung von Frau [REDACTED] die bei der Beteiligten zu 1) bestehende Schwerbehindertenvertretung vor der arbeitgeberseitigen Auswahlentscheidung gemäß § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX unterrichtet und angehört werden müssen.

- b) Dieser Anhörungs- und Unterrichtungspflicht ist die Arbeitgeberin nicht nachgekommen. Auch wenn die Schwerbehindertenvertretung aufgrund regelmäßiger Teilnahmen an den Betriebsratssitzungen Kenntnis von den arbeitgeberseitig beabsichtigten Maßnahmen gehabt haben mag, so reicht diese mittelbare Kenntnis nicht aus, dem unmittelbaren Unterrichtungs- und Anhörungsanspruch der Schwerbehindertenvertretung **vor** den Entscheidungen für diese Maßnahmen zu genügen.
- c) Den auf die Verletzung von § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX gestützten Zustimmungsverweigerungen steht nicht entgegen, dass die arbeitgeberseitig beabsichtigten Versetzungen der Frau [REDACTED] und des Herrn [REDACTED] selbst nicht gegen ein Gesetz verstoßen.

Auch wenn grundsätzlich ein Zustimmungsverweigerungsgrund im Sinne von § 999 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG nur gegeben ist, wenn die beabsichtigte personelle Maßnahme als solche gegen ein Gesetz, einen Tarifvertrag oder eine sonstige Norm verstößt, muss nach ständiger Rechtsprechung des BAG der Normenverstoß nicht unmittelbar die Unwirksamkeit der Maßnahme herbeiführen. Ausreichend aber auch erforderlich ist, dass der erkennbare Zweck der verletzten Norm nur erreicht werden kann, wenn die beabsichtigte Maßnahme (jedenfalls zunächst) unterbleibt (vgl. BAG, 28.03.2000, 1 ABR 16/99; 17.06.2008, 1 ABR 20/07).

So liegt es hier. Der mit § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX vom Gesetzgeber verfolgte Zweck, die Schwerbehindertenvertretung bei Entscheidungen über solche Maßnahmen einzu beziehen, die einen schwerbehinderten Arbeitnehmer betreffen, kann nur dadurch erreicht werden, dass die Durchführung der Maßnahme unterbleibt, solange die Schwerbehindertenvertretung nicht angehört wurde. Dies hat der Gesetzgeber in § 178 Abs. 2 Satz 2 SGB IX deutlich zum Ausdruck gebracht. Nach dieser Bestimmung darf die Maßnahme ohne eine vorherige Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung nicht durchgeführt bzw. vollzogen werden. Der Arbeitgeberin ist es daher derzeit in Ermangelung einer vorherigen Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung verwehrt, die beabsichtigten Versetzungen durchzuführen. Eine gleichwohl vollzogene Versetzung verstieße gegen § 178 Abs. 2 Satz 1, Satz 2 SGB IX.

- d) Dem steht vorliegend nicht entgegen, dass die schwerbehinderte Bewerberin [REDACTED] tatsächlich auf nur einer der zu besetzen beabsichtigten zwei Stellen beschäftigt werden könnte. Denn dass sich Frau [REDACTED] konkret nur auf eine bestimmte Stelle und nicht unspezifisch auf eine der ausgeschriebenen Stellen beworben hätte, ist nicht ersichtlich. Damit war hinsichtlich beider Besetzungsentscheidungen im Vorfeld die Schwerbehindertenvertretung gemäß § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX zu beteiligen. Die Sicherung dieses gesetzlich zugunsten schwerbehinderter Bewerber vorgesehenen Beteiligungsverfahrens ist daher nur durch Unterbleiben aller dieses potentiell vereitelnder Maßnahmen möglich, zumal die letztendliche Entscheidungs- und Auswahlkompetenz im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben der Arbeitgeberin zu überlassen ist.
- e) Der Betriebsrat ist vorliegend auch nicht gehindert, sich auf diesen Zustimmungsverweigerungsgrund zu berufen.

So hat er zwar in der schriftlichen Begründung seiner Zustimmungsverweigerungen vom 09.10.2019 gemäß § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG nicht ausdrücklich die Nichtbeteiligung der Schwerbehindertenvertretung gemäß § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX gerügt. Er hat jedoch unter Berufung auf § 164 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 SGB IX geltend gemacht, dass ein ihn zur Zustimmungsverweigerung berechtigender Gesetzesverstoß der Arbeitgeberin darin liege, dass sie nicht geprüft habe, ob die zu besetzenden Arbeitsplätze auch mit einem schwerbehinderten Menschen besetzt werden könnten. Von dieser Rüge umfasst ist auch die Nichtbeteiligung der Schwerbehindertenvertretung gemäß § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX, weil deren entsprechende Beteiligung ausdrücklich Bestandteil der arbeitgeberseitigen Prüfpflicht nach § 164 Abs. 1 Satz 1 SGB IX ist (§ 164 Abs. 1 Satz 6 SGB IX).

Dementsprechend war der Betriebsrat hier nicht gehindert, seine Zustimmungsverweigerungen nach Ablauf der Wochenfrist des § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG entsprechend zu konkretisieren.

- f) Anders als die Arbeitgeberin meint, hat der Betriebsrat auch deutlich und bestimmt beiden von ihr beabsichtigten Versetzungen seine Zustimmung mit der Begründung nicht (hinreichend) erfolgter Prüfung gemäß § 164 Abs. 1 Satz 1 SGB IV verweigert.

Der Umstand, dass der Betriebsrat außerdem die von ihm präferierte Auswahlentscheidung (Beförderung von Frau [REDACTED] und Herrn [REDACTED]) mitgeteilt hat, ändert hieran nichts.

Nach alledem waren die Anträge der Beteiligten zu 1) zurückzuweisen.

III

Die Entscheidung ergeht gerichtskostenfrei (§ 2 Abs. 2 GKG).

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss kann die unterlegene Beteiligte zu 1) Beschwerde beim Landesarbeitsgericht Hamburg einlegen. Für den obsiegenden Beteiligten zu 2) ist ein Rechtsmittel nicht gegeben.

Die Frist für die Einlegung der Beschwerde beträgt einen Monat. Sie beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Beschlusses, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung. Innerhalb dieser Frist muss die Beschwerdeschrift beim Landesarbeitsgericht Hamburg eingegangen sein. Die Beschwerdeschrift muss den Beschluss bezeichnen, gegen den die Beschwerde gerichtet ist, und die Erklärung enthalten, dass gegen diesen Beschluss Beschwerde eingelegt werde. Mit der Beschwerdeschrift soll eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des angefochtenen Beschlusses vorgelegt werden.

Zur Möglichkeit der Einreichung von Schriftsätzen beim Landesarbeitsgericht Hamburg mittels elektronischen Dokuments wird verwiesen auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr in Hamburg vom 28. Januar 2008 (HmbGVBl. I, S. 51) und die Bekanntmachung des Landesarbeitsgerichts Hamburg zum Elektronischen Rechtsverkehr:

(www.justiz.hamburg.de/arbeitsgericht/www.justiz.hamburg.de/landesarbeitsgericht).

Die Beschwerde ist zu begründen. Die Frist für die Begründung der Beschwerde beträgt zwei Monate. Sie beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Beschlusses, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung. Innerhalb dieser Frist muss die Beschwerdebegründung

beim Landesarbeitsgericht Hamburg eingegangen sein. Die Beschwerdebegründung muss angeben, auf welche im Einzelnen anzuführenden Beschwerdegründe sowie auf welche neuen Tatsachen die Beschwerde gestützt wird. Der oder die Vorsitzende des Landesarbeitsgerichts kann die Begründungsfrist auf Antrag einmal verlängern, wenn nach seiner bzw. ihrer freien Überzeugung der Rechtsstreit durch die Verlängerung nicht verzögert wird oder wenn die Partei erhebliche Gründe darlegt. Diese Gründe sind glaubhaft zu machen.

Die Beschwerdeschrift und Beschwerdebegründung müssen unterschrieben sein

- a) von einem Rechtsanwalt oder einer Rechtsanwältin, der bzw. die bei einem deutschen Gericht zugelassen ist, oder
- b) von einer Gewerkschaft, einer Vereinigung von Arbeitgebern oder einem Zusammenschluss solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder. Dies gilt entsprechend für juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der vorgenannten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

Die Anschrift des Beschwerdegerichts lautet:

Landesarbeitsgericht Hamburg
Postfach 76 07 20, 22057 Hamburg
oder
Osterbekstraße 96, 22083 Hamburg



Für richtige Ausfertigung:
Urkundsbeamte der Geschäftsstelle

A circular stamp with the text 'Arbeitsgericht Hamburg' and the number '43' is partially visible. A large, stylized signature is written over the stamp and extends to the right.